



IL GOVERNO. PROSPETTIVE ORGANIZZATIVE E FUNZIONALI  
12 OTTOBRE 2020

# La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo

di Sergio Foà

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Torino

# La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo<sup>\*</sup>

**di Sergio Foà**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Torino

**Abstract [It]:** L'articolo analizza il tema dell'indipendenza delle autorità di regolazione dal potere politico e, in particolare, dal Governo. Riflette sull'applicazione degli indicatori d'indipendenza, come configurati dal diritto dell'Unione europea. Esamina il delicato rapporto tra indirizzi di politica economica, recuperati dal Parlamento e dal Governo, e poteri di vigilanza sulla loro attuazione, assumendo come esempio il piano di sviluppo della c.d. banda "ultra-larga". Ritiene insufficiente la supplenza del principio di c.d. "legalità procedimentale" per accrescere i poteri delle autorità di regolazione in difetto di precisione delle norme attributive di potere. Esamina infine l'altro polo dell'indipendenza, rappresentato dagli operatori economici, e il connesso rischio di cattura del regolatore da parte del mercato.

**Abstract [En]:** The article analyzes the issue of the independence of the Regulatory Authorities from political power, especially from the Government. It reflects on the application of the indices of independence, as configured by European Union Law. It examines the delicate relationship between economic policy guidelines, recovered from Parliament and the Government, and supervisory powers on their implementation, taking as an example the development plan of the so-called "ultra-wide" band. Deems insufficient the substitution of the so-called principle of "Procedural legality" to increase the powers of the regulatory authorities in the absence of precision of the rules conferring power. Finally, it examines the other pole of independence, represented by economic operators, and the associated risk of capture of the regulator by the market.

**Sommario:** 1. Autorità amministrative indipendenti e attività di regolazione. 2. Indipendenza "almeno tendenziale" dal potere politico e recupero parlamentare degli "indirizzi generali di politica economica". 3. Gli indicatori dell'indipendenza: nomina e revoca dei componenti. 4. Gli indicatori dell'indipendenza: autonomia finanziaria e contabile. 5. La delega inattuata della c.d. "Riforma Madia". 6. La regolazione tra indirizzo politico e mercato: lo sviluppo della c.d. "banda ultra-larga". 7. Le autorità di regolazione: Arera e Art. 8. L'altro riferimento dell'indipendenza: i poteri economici privati. Il rischio di cattura del regolatore.

## 1. Autorità amministrative indipendenti e attività di regolazione

Non esistono definizioni normative comuni per classificare le diverse autorità amministrative indipendenti, costituite negli anni con legge per l'esercizio di funzioni di garanzia, di vigilanza e di regolazione. Non si registra nemmeno uniformità in letteratura sull'elenco di soggetti da ricomprendere nella nozione: l'unico elenco ufficiale, quello redatto dall'Istat per ragioni di finanza pubblica, v'include figure che giuridicamente non sono inquadrabili nella categoria (si pensi all'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca - Anvur)<sup>1</sup>.

---

<sup>\*</sup> Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> S. FOÀ, *L'attività amministrativa*, in C.E. GALLO (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, in corso di pubblicazione.

Si possono tuttavia accomunare, in base alle funzioni svolte, Autorità alle quali la legge affida poteri di regolazione, con riferimento a settori di attività a rilevanza economica, con competenze specifiche o di carattere generale.

In questa categoria rientrano le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (Arera), l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), l'Autorità di regolazione dei trasporti (Art). Si tratta di Autorità con competenze settoriali, a differenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, titolare di poteri generali riferiti a ogni mercato di beni e servizi.

Le richiamate Autorità di regolazione originano dal processo di liberalizzazione dei servizi nazionali di pubblica utilità, cui consegue la nuova funzione di regolazione affidata allo Stato. Si tratta di una funzione tecnica, di regolazione economica, che ha richiesto l'istituzione di soggetti giuridici sottratti dal circuito politico<sup>2</sup>.

Ingenerando un “rompicapo costituzionale”, il potere di regolazione sfugge all'inquadramento tradizionale e alla classica tripartizione dei poteri dello Stato, esprimendosi mediante atti normativi, amministrativi, e di tipo quasi-giurisdizionale<sup>3</sup>.

Ne consegue una diversa lettura dello stesso principio di legalità, posto che la legge attributiva del potere si esprime attraverso clausole generali o concetti generali (c.d. “concetti giuridici indeterminati”) che devono essere concretizzati dalle singole autorità nell'esercizio delle loro attribuzioni<sup>4</sup>.

Iniziando dall'Autorità con competenze generali, i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) sono in gran parte previsti dalla legge istitutiva (L. n. 287 del 1990, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, c.d. legge Antitrust), in attuazione dei principi dei Trattati europei, poi confluiti nella materia della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato<sup>5</sup>.

Più che di regolazione, si tratta prevalentemente di poteri di vigilanza sul rispetto dei principi di concorrenza, in particolare sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione.

---

<sup>2</sup> L. n. 481 del 1995, che detta una sorta di “statuto unitario” delle Autorità di regolazione: M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi, Milano, 2019; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, n. 1/2019.

<sup>3</sup> Secondo la suggestiva definizione di E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in Atti del Convegno Nexus, Roma, 27 febbraio 2006. La letteratura sul tema è ampia. Cfr., ad esempio, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, ove ricomprende nell'attività di regolazione di ogni Autorità un'ampia tipologia di poteri amministrativi (ablatori, autorizzatori, sanzionatori, ecc.) e vi ricomprende anche i poteri normativi. Sui poteri normativi, già S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, *passim*.

<sup>4</sup> Da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

<sup>5</sup> Da ultimo, Corte cost., sentenza 29 maggio 2020, n. 103.

L'Autorità può quindi vietare o autorizzare concentrazioni; svolgere indagini conoscitive di natura generale o per verificare infrazioni ai divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante; acquisire mezzi istruttori e disporre ispezioni; esercitare poteri cautelari per rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza e di sospensione delle operazioni di concentrazione; esercitare poteri di diffida e sanzionatori; di ricorso (legittimazione processuale) contro atti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; e poteri regolamentari (per esempio in materia di rating di legalità delle imprese).

Altre attribuzioni riguardano il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, la tutela dalla pubblicità ingannevole e comparativa.

Di regola il giudice amministrativo può compiere una valutazione di legittimità sugli atti delle autorità indipendenti, ma non può sconfinare nel “merito” della scelta compiuta nella “forchetta” delle opzioni astrattamente opinabili, che restano riservate all'autorità di regolazione. Attraverso il controllo della ragionevolezza e completezza dell'istruttoria compiuta dall'Autorità, il giudice effettua la verifica del vizio di eccesso di potere. Anche nell'accertamento di fatti complessi in applicazione di “concetti giuridici indeterminati” (quale ad esempio il “mercato rilevante”) o di “regole tecnico-scientifiche opinabili” (per esempio la conduzione delle c.d. “analisi multiperiodali sulla permanenza media del cliente nell'offerta”), le Autorità di regolazione devono operare con rigore metodologico e coerenza applicativa, al fine di evitare che l'esercizio della discrezionalità tecnica loro riconosciuta dalla legge trasmodi in “arbitrio specialistico”.

In materia di sanzioni irrogate dalle Autorità, poi, il giudice amministrativo esercita una giurisdizione di merito e può rideterminarne l'importo<sup>6</sup>.

Tra le Autorità di settore, quella di regolazione per energia reti e ambiente (Arera), istituita con Legge n. 481 del 1995, ha visto con gli anni aumentare le proprie competenze. Originariamente operava nei soli settori dell'energia elettrica e del gas; ha poi esteso la sua attività al settore idrico, al risparmio energetico e al ciclo dei rifiuti.

L'Autorità esercita funzioni di regolazione e controllo nei settori indicati e ha una serie di poteri strumentali rispetto alle stesse funzioni. Esercita poteri consultivi e di segnalazione; di osservazione e proposta sui servizi da assoggettare a concessione o autorizzazione (potendo in tal modo incidere sul

---

<sup>6</sup> Le pronunce del giudice amministrativo possono incidere sensibilmente sull'importo delle sanzioni, all'esito dell'esame della condotta e dell'elemento soggettivo: così, ad esempio, a fronte di due condotte abusive di Telecom Italia, entrambe sanzionate da Agcm con ammenda di 76 milioni di euro, il giudice amministrativo ha ritenuto non grave una parte della condotta e ha quasi dimezzato l'importo della sanzione (sull'abuso costituito dalle clausole escludenti nelle offerte standard alla clientela *business* privata, perché sulle stesse l'Autorità di settore, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, aveva rilasciato autorizzazione): Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271.

regime amministrativo dell'attività); poteri ispettivi e di accesso alla documentazione utile. In merito all'erogazione dei servizi, l'Autorità determina i livelli generali di qualità; valuta i reclami; ha poteri sanzionatori e cautelari; ha poteri regolamentari e, soprattutto, ha poteri di determinazione delle tariffe. Si pensi al caso controverso della determinazione del c.d. “Metodo Tariffario Transitorio” (MTT) adottato per il servizio idrico integrato (SII) all'indomani del referendum abrogativo che aveva espunto dalle voci della tariffa il riferimento del Codice dell'ambiente al criterio «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito», ossia dell'utile d'impresa del gestore. La determinazione dell'Autorità era stata impugnata davanti al giudice amministrativo perché avrebbe violato il principio di integrale copertura dei costi (c.d. *full cost recovery*) e avrebbe reintrodotto in via surrettizia il criterio abrogato dal referendum del 2011. Il Consiglio di Stato ha confermato la determinazione dell'Arera, ritenendo che, anche all'esito del referendum abrogativo, persista pur sempre la nozione di tariffa come corrispettivo, «determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero integrale dei costi (ivi compresi i costi di capitale), immanente alla natura di servizio di rilevanza economica (...) propria del SII». In tali termini il metodo tariffario dell'Autorità avrebbe sostituito l'«adeguata remunerazione» del capitale fissa e garantita, predeterminata dal legislatore, con una “remunerazione” variabile, direttamente stabilita dai mercati finanziari e poi tradotta in tariffa idrica attraverso le formule e i parametri elaborati dalla stessa Autorità. Il giudice amministrativo ha respinto le censure di eccesso di potere, riconducendo le valutazioni tecniche dell'Autorità di regolazione entro i limiti di attendibilità e di ragionevolezza del settore tecnico-scientifico dell'economia industriale<sup>7</sup>. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), istituita con L. n. 249 del 1997, esercita una funzione di controllo del mercato delle telecomunicazioni, sul rispetto dell'art. 21 Cost. e dei principi del Codice delle comunicazioni elettroniche. In particolare, ha un ruolo di garanzia della libertà di comunicazione; segretezza delle comunicazioni, anche attraverso il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica; tutela la libertà d'iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo un accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica, secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità (d. lgs. n. 259 del 2003, art. 4).

Accerta la presenza di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo e adotta i provvedimenti correttivi conseguenti, anche in via cautelare. Ha inoltre competenze in materia tariffaria, di qualità del servizio e

---

<sup>7</sup> Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2017 n. 2481, che aveva disposto una consulenza tecnica d'ufficio formulando il quesito a esperti in materia. Sul tema, dopo il referendum abrogativo, G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2012, p. 229 ss.; A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2014.

di controllo degli operatori del mercato. La legge ha successivamente assegnato alla stessa Autorità anche compiti di regolamentazione del settore postale, prima di competenza di una specifica Agenzia nazionale. Riguardo alla tutela dei consumatori nello specifico ambito dei servizi di comunicazione elettronica, le competenze di vigilanza dell'Agcom si sovrappongono con quelle che il Codice del consumo attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il conflitto di competenza tra le due Autorità è stato diversamente risolto dalla giurisprudenza: dapprima la competenza in materia di attività anticoncorrenziale dei gestori degli impianti di telecomunicazioni è stata riconosciuta in capo all'Autorità di settore, in applicazione del principio di specialità<sup>8</sup>. Più recentemente, la pratica commerciale aggressiva è stata ritenuta di competenza dell'Agcm, mentre la violazione degli obblighi informativi su servizi telefonici è stata ricondotta alla competenza dell'Autorità di settore<sup>9</sup>.

Come tutte le Autorità di regolazione, l'Agcom può ordinare al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo l'obbligo di corrispondere un indennizzo. La giurisprudenza ha chiarito che non si tratta di un potere implicito né di potere sanzionatorio, e quindi sfugge al principio di tipicità proprio delle sanzioni. Si tratta di un potere inteso a assicurare, insieme con la promozione della concorrenza e con definizione di sistemi tariffari certi, trasparenti e basati su criteri predefiniti per i servizi erogati, la tutela degli interessi di utenti e consumatori<sup>10</sup>.

Le funzioni di garanzia e regolazione dell'Agcom riguardano in particolare l'uso delle tecnologie digitali: dalla protezione dell'utente e del cittadino, alla prevenzione e repressione dell'uso distorto dei dati e delle informazioni, sul piano dei mercati e della libertà d'informazione. Si pensi al tema, molto attuale, della disciplina sulla responsabilità nell'uso delle piattaforme *online*. A tal fine l'Autorità ha costituito il "Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali", modello di cooperazione istituzionalizzata tra autorità indipendenti di regolazione dei mercati dell'informazione e le piattaforme, con lo scopo di promuovere l'autoregolamentazione di queste ultime per l'individuazione e il contrasto ai fenomeni di disinformazione *online*, frutto di strategie mirate (il c.d. fenomeno delle "*fake news*").

In materia è stato istituito un coordinamento permanente con l'Agcm e il Garante per la protezione dei dati personali, in modo da superare la natura settoriale delle competenze. Tra i compiti congiunti si segnala l'indagine conoscitiva sullo sviluppo dell'economia digitale e i c.d. "Big Data", con implicazioni per la privacy, la regolazione delle attività di informazione, la tutela del consumatore e della concorrenza.

---

<sup>8</sup> Cons. St., Ad. plen., n. 11 del 2012.

<sup>9</sup> Cons. St., Ad. plen., n. 3 del 2016.

<sup>10</sup> Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, riguardo alla scelta dei gestori telefonici di fatturare ogni 28 giorni, anziché con cadenza mensile: in tal caso l'indennizzo consiste nell'erogazione gratuita della prestazione agli utenti, che sostituisce l'importo prelevato con tale sistema di fatturazione.

L'Autorità di regolazione nel settore dei trasporti (Art) è stata istituita nel 2011<sup>11</sup>. Anch'essa rientra tra le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, con funzioni di garanzia della concorrenza, in materia di infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e reti autostradali, per garantire la mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano. L'Autorità definisce i criteri per la fissazione di tariffe, canoni e pedaggi e ne verifica la corretta applicazione; stabilisce le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico.

La determinazione delle tariffe dei servizi è retta dal c.d. sistema di "Price Cap Regulation": l'Autorità di regolazione pone un limite ai prezzi che l'impresa può praticare sul mercato, anche se l'impresa rimane libera di praticare prezzi inferiori. Gli indici dei prezzi sono periodicamente corretti applicando un fattore predefinito, solitamente tratto dall'analisi dei dati storici dei concessionari, in modo che tutti i concessionari si allineino, nel tempo, a quello più efficiente. Il potere di regolazione in materia tariffaria non è quindi libero, non potendosi ammettere modalità alternative di aggiornamento degli importi a discrezionalità dell'ente gestore, che contrasterebbero con la finalità di perseguire i recuperi di efficienza che consentano la riduzione dei costi a carico della collettività<sup>12</sup>. Il punto è di interesse, perché offre una possibile risposta al rischio di "cattura del regolatore" da parte degli operatori economici, come si vedrà in seguito.

Tra i compiti di regolazione dell'Art rientra la definizione del "contenuto minimo" dei diritti, anche di natura risarcitoria, degli utenti nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto. Si tratta di un potere di regolazione di natura generale, difficilmente distinguibile dal potere regolamentare, che integra le previsioni contrattuali relative all'erogazione dei diversi tipi di servizio.

Esercita poteri di verifica sul contenuto dei bandi di gara per il trasporto ferroviario regionale, per evitare previsioni discriminatorie o che impediscano l'accesso a concorrenti potenziali. Ha specifici compiti di regolazione per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria. Definisce gli schemi di concessione nel settore autostradale e stabilisce i sistemi tariffari dei pedaggi.

Altri poteri "quasi-normativi" attengono alla definizione delle regole generali sull'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale: l'Art stabilisce i criteri per derogare alla estensione territoriale dei lotti di gara rispetto ai bacini di pianificazione, tenendo conto della domanda effettiva e di quella potenziale, nonché delle economie di scala e di integrazione tra servizi. Definisce gli schemi dei contratti di servizio per il trasporto pubblico locale esercitati *in house* da società pubbliche o a partecipazione

---

<sup>11</sup> L'Autorità è stata istituita con decreto legge c.d. "Salva-Italia", poi modificato da d.l. n. 1 del 2012, c.d. decreto "liberalizzazioni".

<sup>12</sup> In tali termini il parere del Consiglio di Stato sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: Cons. St., comm. spec., 3 maggio 2016, n. 1075, su cui *infra*, par. 7.



maggioritaria pubblica, determinando gli obiettivi di efficacia e di efficienza che il gestore deve rispettare, nonché gli obiettivi di equilibrio finanziario.

Strumentali ai poteri di regolazione esaminati sono i poteri di proposta (sospensione, decadenza o revoca degli atti di concessione); i poteri ispettivi; i poteri di ordine (sulla cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione).

Rispetto agli ambiti di regolazione affidati alle altre Autorità, quello dei servizi di trasporto “appare resistente più di altri all’ingresso di operatori privati, a causa di alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l’altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell’offerta dei servizi”<sup>13</sup>. In tal senso, l’attività dell’Art deve garantire pari opportunità a tutti gli operatori del settore.

## **2. Indipendenza “almeno tendenziale” dal potere politico e recupero parlamentare degli “indirizzi generali di politica economica”**

Già passato un’approfondita indagine conoscitiva della Camera dei deputati aveva affrontato il rapporto tra autorità amministrative indipendenti, Parlamento e Governo<sup>14</sup>.

Dal documento conclusivo di quell’indagine si traggono alcuni spunti significativi, che qui si riprendono ai fini delle successive riflessioni.

In primo luogo erano rimarcati i profili di differenza delle Autorità, intese come *genus* ricco di disomogeneità interne, rispetto ai modelli ordinari di amministrazione: tratto comune la loro sottrazione (tendenziale, come si vedrà) al rapporto di subordinazione sussistente tra tutte le amministrazioni statali e il Governo, interrompendo, di fatto, per i settori affidati alla loro cura, il rapporto di responsabilità, inteso in senso stretto, che lega il Governo al Parlamento.

Sotto il profilo funzionale, le attività di normazione, di vigilanza e, in taluni casi, di risoluzione di controversie loro rimesse, derogano al principio di separazione tra i poteri, su cui si fonda l’ordinamento costituzionale. Le Autorità indipendenti, dunque, in diversi settori nevralgici dell’ordinamento, esercitano funzioni pubbliche a tutela degli interessi generali del settore di riferimento e in posizione di terzietà rispetto agli interessi pubblici e privati che in esso si confrontano, sulla base di processi decisionali fondati sull’esperienza tecnica e sulla neutralità, in una posizione di “*almeno tendenziale*, indipendenza dal potere politico” (corsivo nostro).

---

<sup>13</sup> Corte cost., sentenza n. 41 del 2013.

<sup>14</sup> Camera dei Deputati, I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) seduta del 16 febbraio 2012, a conclusione dell’Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti deliberata nella seduta del 2 febbraio 2010. Cfr. spec. par. 2, *La posizione delle Autorità indipendenti rispetto all’organizzazione dei poteri dello Stato e ai diversi livelli istituzionali*.



Sulla “tendenziale indipendenza” sarà necessario ritornare, alla luce degli indicatori che in parte già in quell’occasione furono analizzati. La necessità di equilibrare tale specialità nell’assetto costituzionale, specie la sottrazione di poteri regolatori all’asse Parlamento-Governo, si riteneva tuttavia soddisfatta mediante «contrappesi» alla naturale assenza della responsabilità politica in senso stretto delle Autorità. Questi potrebbero rintracciarsi nella trasparenza dei processi decisionali, assicurata dalla partecipazione e dal contraddittorio, dalla responsabilità civile, dal controllo dell’autorità giudiziaria, estesa a tutte le attività. Occorrerà verificare la sostenibilità di tale asserzione, dove la delineazione di una sorta di “quarto potere” dello Stato, capace di sottrarre poteri di regolazione (nelle varie direzioni e dimensioni consentite dalla legge) al circuito legislativo-esecutivo, parrebbe poter essere compensata, in parte, dalla trasparenza decisionale e procedimentale e dai corrispondenti possibili ambiti di soggezione al sindacato giurisdizionale.

La stessa Commissione parlamentare, in sede d’indagine, aveva suggerito modalità attraverso le quali riteneva possibile un recupero del ruolo parlamentare nelle grandi scelte di politica economica, “valorizzando alcune funzioni che finora il Parlamento ha esercitato solo marginalmente”.

In quell’occasione si pose la questione sull’equilibrio tra poteri d’indirizzo politico, poteri di alta amministrazione o di esercizio della discrezionalità amministrativa rispetto ad ambiti specifici.

Un esempio riguardava il potere dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas (oggi, con competenze accresciute, Arera) «in materia tariffaria, tenuto conto di indirizzi generali di politica economica». La suggestione, secondo una rinnovata lettura della programmazione dello Stato in materia economica<sup>15</sup>, mirava a recuperare il potere d’indirizzo parlamentare, anche mediante modifiche dei regolamenti parlamentari, che comunque non trasmodassero in una stabile attività d’indirizzo da parte degli organi politici sulle autorità<sup>16</sup>. Indirizzi politici, generali e “non stabili”, dunque, per non minare l’indipendenza delle autorità destinarie.

L’esperibilità di un generale potere ispettivo parlamentare veniva subordinata all’intensità dell’interesse pubblico e alla necessità di una decisione politica a monte del processo di regolazione, come per la tutela della concorrenza nell’ambito delle operazioni di concentrazione di rilievo nazionale.

Le stesse Autorità avevano lamentato l’esigenza di un rafforzamento dei loro poteri, spesso non avendo seguito legislativo il contenuto delle loro segnalazioni. E le Autorità di settore avevano auspicato un’integrazione della disciplina normativa relativa alla legge annuale per il mercato e la concorrenza,

---

<sup>15</sup> M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121

<sup>16</sup> “*Il che potrebbe far sollevare forti perplessità rispetto alla ragione stessa dell’esistenza delle autorità*” (Camera dei Deputati, I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) seduta del 16 febbraio 2012, loc. cit.

prevedendo che anche le loro proposte fossero tenute in considerazione ai fini della predisposizione del disegno di legge annuale.

Il rafforzamento dell'indipendenza delle autorità non determina il venir meno della “corretta interlocuzione” con il Parlamento e il Governo, cui compete il necessario ruolo di indirizzo politico generale nei settori di riferimento. Con particolare riguardo alle autorità di regolazione, la decisione politica deve determinare gli interessi generali e stabilire l'ambito di tutela, ricercando il punto di equilibrio fra ragioni di efficienza dei mercati e altri interessi generali.

Ferma restando la necessità di potenziare il livello di comunicazione con le Commissioni parlamentari e monitorare gli esiti delle segnalazioni al Governo e al Parlamento, con onestà intellettuale si è rilevata l'impraticabilità di un documento unico, nel quale profilare gli indirizzi di politica intersettoriale volti a dare un indirizzo comune alle singole autorità e volti al bilanciamento dei diversi valori<sup>17</sup>.

Le modalità di controllo del potere politico sulle attività rimesse alle Autorità, oltre alle audizioni presso il Parlamento e i flussi informativi periodici al Governo e al Parlamento stesso, possono esprimersi *ex ante*, secondo le previsioni normative delle leggi istitutive di ciascuna autorità.

La legge deve essere puntuale nell'assegnazione di obiettivi specifici da perseguire, consentendo la misurabilità dei profili organizzativi e procedimentali adottati dalle Autorità nell'esercizio della loro autonomia.

Già l'indagine parlamentare richiamata aveva tuttavia rimarcato la grave eterogeneità desumibile dal panorama legislativo di riferimento, esistendo autorità per le quali gli obiettivi sono “ricavabili sulla base delle finalità generali della legge e altre per le quali sono indicati in modo generico”. Il tema si riflette, come noto, sulla supplenza della legalità procedimentale alla legalità sostanziale<sup>18</sup> e sul riconoscimento di poteri impliciti, anche normativi<sup>19</sup>. La giurisprudenza amministrativa tende infatti a desumere la legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle Autorità indipendenti dalle finalità di interesse pubblico che la legge assegna alla cura di ciascuna di esse<sup>20</sup>.

È frequente che la legge attribuisca potere normativo generico: così l'Agcom per «l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione»; la Consob e la Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare, tenute al solo rispetto dei principi di

---

<sup>17</sup> Tali indirizzi avrebbero avuto come destinatarie più autorità e non una sola, evitando il rischio di ingerenze nell'attività di ciascuna di esse: nel tempo si è visto tuttavia come si trattasse di una configurazione di difficile realizzazione pratica.

<sup>18</sup> M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Report in *Ius-publicum*, 2013.

<sup>19</sup> N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, *passim*; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 710 ss.

<sup>20</sup> Sul tema già S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, *passim*; da ultimo F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, e ivi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

proporzionalità, agevolazione dell'innovazione e concorrenza<sup>21</sup>. Ancora più generale il tenore della previsione normativa dedicata alle autorità di regolazione, che «sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza»<sup>22</sup>.

### **3. Gli indicatori dell'indipendenza: nomina e revoca dei componenti**

Le modalità di nomina dei componenti delle autorità indipendenti presentano profili di forte disomogeneità, in ragione delle leggi istitutive. La complessità dei procedimenti serventi suggerisce di esprimersi in termini di “tendenziale” qualificazione.

Sono quindi nomine tendenzialmente parlamentari quelle che conseguono a una determinazione dei presidenti di una delle due Camere (così avviene nel caso dell'Agcm, dell'Anac e della Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero). Talvolta, invece, i vertici delle autorità indipendenti sono rimesse alla deliberazione delle Camere (Garante per la protezione dei dati personali e Agcom).

Sono nomine tendenzialmente governative quelle che avvengono attraverso un procedimento complesso articolato per fasi: proposta da parte del Ministro competente per materia, di concerto con il Presidente del Consiglio dei Ministri (oppure solo su proposta di quest'ultimo); recepimento della proposta con deliberazione del Consiglio dei Ministri; eventuale sottoposizione della proposta all'approvazione da parte delle commissioni parlamentari competenti o di altre istituzioni; decreto di nomina da parte del Presidente della Repubblica. Così è nel caso dell'Autorità di regolazione dei trasporti. Similmente avviene nel caso della Consob, i cui vertici sono nominati con decreto del presidente della Repubblica, su proposta del presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso. È una nomina tendenzialmente governativa anche quella del Governatore della Banca d'Italia, disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso e sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d'Italia: in tal caso nel procedimento non è previsto alcun coinvolgimento parlamentare. I componenti del Direttorio della Banca d'Italia sono nominati, su proposta del Governatore, dal Consiglio superiore della Banca, con la presenza dei due terzi dei membri e il voto favorevole di due terzi dei presenti. La proposta è approvata con decreto del Presidente della Repubblica promosso dal Presidente del Consiglio di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Consiglio dei Ministri.

---

<sup>21</sup> F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dir. fond.*, 2020, p. 952 ss., spec. p. 977.

<sup>22</sup> Legge n. 481 del 1995, cit., art. 2, co. 5.

È più forte il coinvolgimento del Parlamento nelle ipotesi (Arera, Anac e Presidente Agcom) in cui la nomina è vincolata al parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza qualificata (in genere, pari ai due terzi dei componenti).

Gli atti di nomina dei vertici delle Autorità indipendenti sono finalizzati alla selezione del soggetto più adatto a ricoprire la carica, che dovrà operare nel rispetto di obiettivi programmatici predeterminati (tendenzialmente con atti politici). Giacché gli atti di nomina dei vertici delle Autorità indipendenti presuppongono un'effettiva valutazione del possesso di requisiti previsti dalla legge, essi sono ascrivibili nella categoria degli atti di alta amministrazione (raccordo fra la funzione di governo e la funzione amministrativa, rappresentando il primo grado di attuazione amministrativo dell'indirizzo politico).

La giurisprudenza riconduce agli atti di alta amministrazione (sindacabili in sede giurisdizionale) le nomine tendenzialmente governative, mentre persistono dubbi riguardo alle nomine tendenzialmente parlamentari che, secondo alcune letture, rientrerebbero tra gli atti politici (pertanto insindacabili). La prospettata distinzione è stata tuttavia superata, accomunando le due tipologie di nomina nella categoria degli atti di alta amministrazione, limitando gli atti politici (insindacabili) solo a quelli riferibili a organi collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l'attività di "direzione suprema" della cosa pubblica<sup>23</sup>.

Le garanzie che assistono criteri di nomina condizionano l'indipendenza delle autorità stesse. La scelta non dovrebbe essere affidata al solo apparato governativo, ma dovrebbe prevedere l'intervento di altre qualificate istituzioni o, comunque, la manifestazione di un ampio consenso parlamentare. Nell'individuare possibili soluzioni unitarie, sono stati sottolineati i vantaggi della procedura di nomina adottata per alcune autorità (Arera, Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Anac), che, prevedendo il parere vincolante delle commissioni parlamentari a maggioranza qualificata, accentua i controlli in sede parlamentare e promuove la ricerca di soluzioni condivise tra maggioranza e opposizioni.

Circa il procedimento di selezione dei candidati è stato sottolineato come il meccanismo di nomina dovrebbe essere il più trasparente possibile, secondo il modello di selezione dei Commissari dell'Unione europea: il procedimento di nomina dei componenti dovrebbe essere preceduto dal parere delle competenti commissioni parlamentari, espresso a seguito dell'audizione dei candidati, sì da consentire di apprezzarne preparazione, attitudine e pregresse esperienze. È stata avanzata la proposta di rendere pubbliche le candidature e le audizioni, nonché disponibili i curricula dei candidati, introducendo altresì

---

<sup>23</sup> T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223, relativa alla Agenzia nazionale per i servizi postali (i cui compiti sono oggi affidati all'Agcom), ed ivi i richiami, sulla distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione, a Cons. Stato, VI, 10 agosto 1993, n. 566; Id., IV, 22 maggio 1997, n. 553; Id., 3 dicembre 1986, n. 824; Id., 14 aprile 1981, n. 340.

l'obbligo della motivazione delle nomine. Come sottolineato da alcuni esperti, qualora si tendesse a una maggiore procedimentalizzazione della nomina potrebbe essere utile anche un parere delle associazioni delle imprese vigilate, in termini di valutazione tecnica sui requisiti di professionalità richiesti.

Meno apprezzata è stata l'idea di un bando pubblico per la selezione dei componenti, secondo il modello del Garante europeo per la protezione dei dati oggi ribadito dal GDPR anche per le Autorità di controllo nazionali<sup>24</sup>, con esame davanti alle Commissioni parlamentari e successiva decisione del Governo, che dovrebbe tener conto del giudizio espresso dalle Commissioni. Anche in questo caso, vi sarebbe lo spazio per un eventuale sindacato del giudice il quale potrebbe annullare l'impugnato atto di nomina qualora riscontrasse violazioni rispetto alle prescrizioni contenute nel bando. In merito è stato criticato il sostanziale disincentivo alla presentazione di candidature forti, perché tale meccanismo determinerebbe un'esternazione di volontà e "l'esposizione al rischio molto concreto che a tale esternazione da parte di persone di rilievo consegua la mortificazione della mancata individuazione"<sup>25</sup>. Per ovviare a tali limiti, l'ipotesi in parola sarebbe accettabile solo qualora la Commissione parlamentare competente avesse la possibilità di presentare a sua volta candidature in via d'ufficio.

Tra le garanzie a tutela dell'indipendenza delle autorità è da annoverarsi anche la disciplina della revoca, ancorché afferente ad una situazione patologica connessa al mandato di un componente o al funzionamento complessivo dell'organo direttivo. In proposito, è sorta la questione se tale istituto possa trovare applicazione nella disciplina delle autorità indipendenti. Se per revoca s'intende una rinnovata valutazione degli interessi pubblici sottostanti al provvedimento di nomina, o anche sulla base di circostanze sopravvenute che rendono inopportuna la permanenza nell'incarico dei nominati, è pacifico che nella disciplina delle autorità essa non può essere ammessa. La revoca nei termini indicati presuppone, infatti, o un rapporto di sovraordinazione o un rapporto permanente di fiducia tra nominante e nominato: figure entrambe antitetiche rispetto al modello dell'autorità indipendente.

---

<sup>24</sup> Reg. 2016/679/UE, Considerando (121): "Le condizioni generali applicabili al membro o ai membri dell'autorità di controllo dovrebbero essere stabilite per legge da ciascuno Stato membro e dovrebbero in particolare prevedere che tali membri devono essere nominati, attraverso una procedura trasparente, dal parlamento, dal governo o dal capo di Stato dello Stato membro, sulla base di una proposta del governo, di un membro del governo, del parlamento o di una sua camera, o da un organismo indipendente incaricato ai sensi del diritto degli Stati membri. Al fine di assicurare l'indipendenza dell'autorità di controllo, è opportuno che il membro o i membri di tale autorità agiscano con integrità, si astengano da qualunque azione incompatibile con le loro funzioni e, per tutta la durata del mandato, non esercitino alcuna altra attività incompatibile, remunerata o meno. L'autorità di controllo dovrebbe disporre di proprio personale, scelto dalla stessa autorità di controllo o da un organismo indipendente istituito ai sensi del diritto degli Stati membri, che dovrebbe essere soggetto alla direzione esclusiva del membro o dei membri dell'autorità di controllo". L'art. 53 dello stesso Regolamento (Condizioni generali per i membri dell'autorità di controllo) impone agli Stati membri la nomina dei componenti delle autorità di controllo attraverso una procedura trasparente: dal rispettivo parlamento; dal rispettivo governo; dal rispettivo capo di Stato; oppure da un organismo indipendente incaricato della nomina a norma del diritto dello Stato membro.

<sup>25</sup> Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, Camera dei Deputati, I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), seduta del 16 febbraio 2012, cit.

Possibile applicazione può, invece, avere la c.d. revoca sanzionatoria, nelle ipotesi di oggettivo riscontro di comportamenti inadeguati, consistenti tradizionalmente in una prolungata inerzia o in reiterate violazioni di legge. Da più parti, l'istituto della revoca è considerato con sospetto perché ritenuto atto a incidere sulla piena indipendenza dell'autorità. Nel nostro ordinamento la revoca è prevista, sulla scorta del diritto dell'Unione europea, per il Governatore della Banca d'Italia. Essa avviene con il medesimo procedimento previsto per la nomina, ma solo nei limitati casi ammessi dallo Statuto del Sistema europeo delle banche centrali. Anche la legge istitutiva della Commissione nazionale per la società e la borsa disciplina il potere di revoca dei componenti da parte del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, che può essere attivato unicamente in caso di impossibilità di funzionamento o di continuata inattività dell'organo.

Induce a riflettere attentamente sull'esigenza di disciplinare più accuratamente l'istituto della revoca l'opportunità offerta dal recepimento delle direttive dell'Unione europea di terza generazione nei settori delle comunicazioni elettroniche (direttiva 2009/140/CE) e dell'energia e del gas (direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE), che prevedono norme specifiche in proposito. Il legislatore europeo, infatti, nelle direttive citate, ha posto come obiettivo una più compiuta disciplina della revoca dei vertici delle autorità nazionali di regolamentazione, specificando che questa potrà aver luogo soltanto se i componenti non rispondono più ai requisiti prescritti dalle stesse direttive oppure in seguito alla commissione di gravi irregolarità rilevanti ai sensi delle leggi nazionali.

In sede di indagine, il potere di revoca del collegio da parte del Consiglio dei Ministri, al di fuori della specifica ipotesi di impossibilità di funzionamento o continuata inattività, ha suscitato ovvie perplessità, legate alle possibili pressioni che le autorità potrebbero subire dall'Esecutivo. Quanto al procedimento di revoca, è stata sostenuta la possibilità di introdurre anche un «impulso» parlamentare, espresso a maggioranza qualificata da parte delle competenti Commissioni, con ciò attribuendo alle stesse un potere di valutazione sull'attività delle autorità.

#### **4. Gli indicatori dell'indipendenza: autonomia finanziaria e contabile**

Le autorità indipendenti godono prevalentemente di un sistema misto di reperimento delle risorse finanziarie, in virtù del quale una parte delle entrate è assicurata direttamente dallo Stato, mentre la parte rimanente è a carico dei soggetti operanti nel settore di competenza.

Solo due autorità (Arera e Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private di interesse collettivo) godono di piena autonomia finanziaria, potendo interamente far fronte alle spese di gestione e funzionamento con i contributi provenienti dal relativo mercato regolamentato. Le questioni legate all'approvvigionamento delle necessarie risorse per svolgere adeguatamente la propria missione

istituzionale sono divenute negli ultimi anni il tema “caldo” del dibattito sulla riforma delle autorità indipendenti.

Mentre in ambito nazionale è avvertita l'esigenza di abbattere i costi delle autorità e soprattutto di ridurre la pressione sul bilancio dello Stato, le istituzioni dell'Unione europea subordinano l'affidabilità della regolazione e della vigilanza indipendente alla sussistenza di adeguate risorse umane e strumentali<sup>26</sup>.

Si è proposta l'istituzione di un fondo unico perequativo tra tutte le autorità indipendenti, precisando però che la divisione delle risorse dovrebbe essere compito di un comitato composto dai rappresentanti delle varie autorità (ad esempio, dai segretari generali), non già dal Ministro dell'economia e delle finanze. In sede di audizione parlamentare, tuttavia, il c.d. “pooling” delle risorse è stato criticato per violazione del diritto UE, che impone in alcuni settori (energia elettrica, gas, comunicazioni) un rapporto diretto tra prestazioni fornite dalle autorità nazionali di regolamentazione e soggetti economici presenti nel relativo settore, chiamati a sostenere un contributo per il finanziamento di dette autorità.

Altro problema attiene alle modalità di ripartizione delle risorse, perché l'attribuzione al Ministro competente, potrebbe inficiare in radice il principio di indipendenza, vulnerando il legame finanziario diretto, proporzionale e trasparente fra vigilante e vigilato, alla base della stessa logica del sistema di autofinanziamento.

Il sistema dell'autofinanziamento implica peraltro un profilo di potenziale conflitto d'interesse, nella misura in cui al sostentamento delle autorità contribuiscono anche i proventi delle sanzioni da esse irrogate. Secondo altra proposta, potrebbe divenire “fissa” la misura con cui lo Stato contribuisce al funzionamento delle autorità che non possono autofinanziarsi, evitando così forme di sostegno solidaristiche tra le diverse autorità. Sarebbe pertanto necessario che il contributo pubblico sia previsto in misura certa e non sottoposto ogni anno alle variabili esigenze di finanza pubblica o a negoziazioni con gli organi di Governo.

Negli ultimi anni, gli interventi legislativi in materia hanno perseguito tre obiettivi principali: estendere e rendere omogeneo per le autorità indipendenti il finanziamento a carico del mercato (il c.d. autofinanziamento), sì da trasferire, in modo parziale e progressivo, i costi della regolazione sui soggetti regolati; ridurre progressivamente il contributo a carico del bilancio statale in favore delle autorità, salvo eccezioni; creare meccanismi di perequazione tra le autorità che per finanziarsi possono attingere al mercato di riferimento e quelle autorità che non possono fare altrettanto avendo competenze trasversali.

---

<sup>26</sup> Cfr., ad esempio, Reg. 2016/679/UE (GDPR), Considerando (120): “Ciascuna autorità di controllo dovrebbe disporre delle risorse umane e finanziarie, dei locali e delle infrastrutture necessari per l'effettivo adempimento dei propri compiti, compresi quelli di assistenza reciproca e cooperazione con altre autorità di controllo in tutta l'Unione. Ciascuna autorità di controllo dovrebbe disporre di un bilancio annuale, separato e pubblico, che può far parte del bilancio generale statale o nazionale”. Nel testo dello stesso Regolamento, tali indicazioni sono riprese all'art. 52, rubricato “Indipendenza”.



Su questo ultimo obiettivo, è intervenuta la legge di stabilità 2014, che ha rimodulato i trasferimenti tra bilanci delle Autorità indipendenti, proseguendo nell'indirizzo legislativo di ridurre il contributo statale<sup>27</sup>. Per quanto concerne l'Autorità di regolazione dei trasporti, le norme istitutive hanno stabilito che il finanziamento sia basato su un contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati in misura non superiore all'uno per mille del fatturato dell'ultimo esercizio. Fino all'attivazione di tale contributo e per la sola fase di istituzione ed avvio del funzionamento dell'Autorità, è stato previsto un trasferimento da parte dello Stato, mediante somme anticipate dalla Autorità garante per la concorrenza ed il mercato<sup>28</sup>.

## **5. La delega inattuata della c.d. “Riforma Madia”**

Per risolvere buona parte delle questioni sopra evidenziate, il legislatore ha provato a favorire la predisposizione di regole unitarie, pur nella salvaguardia della pluralità di modelli e di obiettivi e della conseguente pluralità di soluzioni organizzative e funzionali delle diverse autorità.

In tale direzione, la L. n. 124 del 2015, legge di riforma della pubblica amministrazione, ha delegato il Governo a proseguire nell'opera di razionalizzazione delle autorità<sup>29</sup>.

Un primo obiettivo riguardava le funzioni condivise tra ministeri ed autorità, per evitare sovrapposizioni, anche mediante soppressione di uffici ministeriali competenti in ambiti procedurali rimessi all'autonomia (normativa e di regolazione) delle seconde.

In ambito di organizzazione, la legge delegava il Governo a definire criteri omogenei sul trattamento economico dei componenti e del personale, evitando maggiori oneri e salvaguardando le professionalità. Sul finanziamento delle autorità, il Governo era chiamato a individuare criteri omogenei, prevedendo la partecipazione dei soggetti privati regolati o vigilati.

La delega legislativa, tuttavia, non è stata esercitata entro la scadenza del termine.

## **6. La regolazione tra indirizzo politico e mercato: lo sviluppo della c.d. “banda ultra-larga”**

---

<sup>27</sup> La legge di stabilità 2014 (art. 1, co. 414, L. n. 147 del 2013) prescrive la restituzione, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato delle quote ricevute alle autorità contribuenti (nel frattempo, all'ISVAP è subentrato l'IVASS). Ciò in deroga alla previsione dell'art. 1, co. 241, L. n. 191 del 2009 che prevede misure reintegrative in favore delle Autorità contribuenti, a partire dal decimo anno successivo all'erogazione del contributo stesso.

<sup>28</sup> Il D.l. n. 101 del 2013 (art. 6, co. 4) ha previsto un trasferimento da parte dello Stato nel limite massimo di 1,5 milioni di euro per l'anno 2013 e 2,5 milioni di Euro per l'anno 2014. Tali somme sono anticipate dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato.

<sup>29</sup> L. n. 124 del 2015, cit., art. 8, co. 1, lett. c), n. 6).

Un esempio di politica di sviluppo economico, che fotografa i rapporti tra indirizzi governativi, in attuazione delle Direttive UE, e compiti delle autorità indipendenti, riguarda lo sviluppo della c.d. banda ultra-larga, presupposto per potenziare la Rete 5G.

La politica nazionale intende raggiungere gli obiettivi europei relativi alle connessioni in banda larga e ultra-larga indicati dalla Comunicazione UE nel 2016<sup>30</sup>.

A tal fine il Governo, in attuazione di una disposizione di legge<sup>31</sup>, ha approvato due documenti programmatici: la c.d. “Strategia per la crescita digitale 2014-2020” e la “Strategia italiana per la banda ultra-larga”, approvata dal Consiglio dei Ministri nel 2015, da realizzare con risorse nazionali e dell’Unione europea. In tale ambito è stato anche istituito il Sistema informativo nazionale federato delle infrastrutture (Sinfi) e sono state semplificate le procedure per la realizzazione delle infrastrutture per le reti in fibra ottica.

La Strategia italiana per la banda ultra-larga costituisce il quadro nazionale delle iniziative pubbliche in materia: si tratta di un atto d’indirizzo a contenuto generale, in corso di attuazione su tutto il territorio nazionale, con una serie di gare già aggiudicate per la realizzazione della rete in fibra nelle aree “a fallimento del mercato”, e in fase aperta nelle altre aree del Paese.

Le Autorità indipendenti hanno svolto funzioni istruttorie e conoscitive, giacché la “Strategia” è stata delineata sulla base delle risultanze dell’indagine conoscitiva congiunta di Agcom e Agcm sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga<sup>32</sup>. Lo stesso documento governativo rinvia per la sua applicazione a “riferimenti tecnici e regolatori” definiti dall’Agcm (specie per le modalità di accesso alle infrastrutture e alla definizione dei prezzi)<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Commissione UE, COM (2016) 587 final “Connettività per un mercato unico digitale competitivo: verso una società dei Gigabit europea la Commissione Europea”, dove sono indicati gli obiettivi per l’anno 2025.

<sup>31</sup> Art. 30 L. n. 111 del 2011, di conversione del d.l. n. 98 del 2011, secondo il quale “Il Ministero dello sviluppo economico, con il concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile, predisponesse un progetto strategico per individuare gli interventi finalizzati alla realizzazione dell’infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultra-larga, anche mediante la valorizzazione, l’ammodernamento e il coordinamento delle infrastrutture esistenti”.

<sup>32</sup> Pubblicate in data 8 novembre 2014.

<sup>33</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Strategia italiana per la banda ultra-larga, Punto 2.3 (Modalità di realizzazione delle infrastrutture e obblighi di accesso) ove si chiarisce che: “La soluzione tecnica di riferimento deve essere un’infrastruttura totalmente aperta e neutrale, che non favorisca né escluda alcuna tecnologia o piattaforma che gli operatori vogliano implementare. Qualora la rete a banda larga sovvenzionata comprenda sia infrastrutture nuove sia esistenti, il soggetto beneficiario dell’aiuto (...) sarà obbligato a garantire per almeno sette anni l’accesso wholesale alle infrastrutture realizzate (comprese le infrastrutture esistenti). Tali obblighi d’accesso trovano applicazione indipendentemente da qualsiasi eventuale cambio di proprietà, nella gestione o nel funzionamento delle infrastrutture sovvenzionate. Per le modalità di accesso ai vari livelli di infrastruttura quali cavidotti o fibra e per i relativi prezzi di accesso, si farà riferimento a quanto definito dalla AGCOM e ai suoi riferimenti tecnici e regolatori. Nella definizione dei prezzi l’autorità dovrà tenere conto dell’aiuto ricevuto e della sostenibilità economica del progetto”.

Nelle aree a fallimento del mercato, la procedura selettiva è stata aggiudicata allo stesso operatore economico per tutti i lotti regionali messi a bando. L'operatore economico deve realizzare la progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione di una rete passiva e attiva di accesso in modalità c.d. "wholesale" (cioè l'accesso all'ingrosso a tutti gli elementi della rete, alle infrastrutture correlate e ai servizi) che consenta agli operatori di telecomunicazione di fornire servizi agli utenti finali a determinate condizioni di accesso. La rete è data in concessione per venti anni e rimane di proprietà pubblica.

La seconda fase della "Strategia" riguarda gli interventi per le c.d. "aree grigie" e l'incentivazione della domanda di banda ultra-larga da parte di cittadini, imprese e amministrazioni. L'Agcom ha un ruolo di ricognizione e monitoraggio delle condizioni di mercato, mediante il proprio Osservatorio sulle comunicazioni, relative alle comunicazioni elettroniche, ai media (radio, TV, editoria, pubblicità online), ai servizi postali ed ai corrieri espresso. Per quanto riguarda le comunicazioni elettroniche, i dati riguardano le tecnologie utilizzate per la fornitura del servizio di accesso alle reti di comunicazione elettronica a banda larga e ultra-larga.

L'accesso alle reti e alle infrastrutture di comunicazione è disciplinato dal Codice delle comunicazioni elettroniche, in attuazione delle direttive europee che hanno disciplinato diversi ambiti del mercato delle comunicazioni elettroniche<sup>34</sup>. Secondo i principi contenuti nello stesso Codice, gli operatori possono negoziare tra loro accordi sulle disposizioni tecniche e commerciali relative all'accesso e all'interconnessione; l'Agcom garantisce che non vi siano restrizioni che impediscano alle imprese accordi di interconnessione e di accesso<sup>35</sup>. In questo caso l'Autorità svolge quindi compiti di vigilanza e garanzia sul rispetto del Codice, specialmente delle disposizioni intese a fornire le migliori condizioni di servizio agli utenti finali.

Il diritto degli operatori autorizzati alla fornitura di reti e servizi di negoziare tra di loro l'interconnessione diventa obbligo se richiesto da altri operatori: essi devono offrire l'accesso agli altri operatori nei termini e alle condizioni definite dall'Agcom, che quindi definisce le condizioni dell'interconnessione. L'Autorità deve perseguire l'efficienza economica e la concorrenza sostenibile, dove investimenti efficienti e innovazione devono recare il massimo vantaggio agli utenti finali.

---

<sup>34</sup> Artt. 40 ss. d. lgs. n. 259 del 2003, cit. In precedenza, cfr. l'analisi critica di M. LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche*, in *federalismi.it*, n. 14/2009.

<sup>35</sup> La "interconnessione" è il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione. L'"accesso" riguarda la possibilità di fruire di risorse o servizi riconosciuta a un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, al fine di fornire servizi di comunicazione elettronica anche quando sono utilizzati per la prestazione di servizi della società dell'informazione o di servizi di radiodiffusione di contenuti.

Specifici obblighi possono essere imposti alle imprese che detengano un significativo potere di mercato, come le società telefoniche, prima monopoliste nella gestione delle reti e dei servizi di telefonia fissa. L'Agcom può imporre diversi obblighi, sempre previa consultazione: obblighi tipici (artt. 46 ss. Codice, cit.) e obblighi in materia di accesso e di interconnessione diversi, previa richiesta alla Commissione europea. Tra questi ultimi rientra l'obbligo di separazione funzionale, che ha interessato Tim<sup>36</sup>. Tra gli obblighi tipizzati relativi a interconnessione e accesso rientrano: l'obbligo di trasparenza in capo agli operatori (per esempio rendere pubbliche informazioni contabili, specifiche tecniche, caratteristiche della rete, termini e condizioni per la fornitura e per l'uso, comprese eventuali condizioni che limitino l'accesso a servizi e applicazioni o il loro utilizzo, e prezzi); obbligo di non discriminazione (perché l'operatore applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti, e inoltre che esso fornisca a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali). Agcom può imporre che l'operatore pubblichi un'offerta di riferimento sufficientemente disaggregata per garantire che gli operatori non debbano pagare per risorse non necessarie ai fini del servizio richiesto e in cui figurì una descrizione delle offerte suddivisa per componenti in funzione delle esigenze del mercato, corredata dei relativi termini, condizioni e prezzi. Gli altri provvedimenti tipici dell'Autorità riguardano la separazione contabile per le imprese verticalmente integrate; obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete; obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi per determinati tipi di interconnessione e di accesso, con possibilità di imporre l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l'assenza di un'effettiva concorrenza comporti che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimerli a danno dell'utenza finale.

L'Autorità ha competenza anche in materia di procedura volontaria di separazione della rete da parte del gestore: così nel caso di Tim, per la separazione della rete di accesso fisso, con la costituzione di una società separata (Netco), controllata al 100%. Il progetto deve rispettare i requisiti di ammissibilità (la “non manifesta irragionevolezza”) richiesti dal BEREC (Organismo europei dei regolatori) per l'avvio della procedura di analisi di mercato coordinata<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Obblighi specifici sono stati imposti dall'AGCOM nei mercati dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa nei confronti di TIM, riconosciuto quale operatore avente significativo potere di mercato in tale ambito, con la delibera 623/15/CONS.

<sup>37</sup> Art. 50-ter, d. lgs. n. 259 del 2003, Codice delle comunicazioni elettroniche, cit. Sui rapporti con il BEREC, già S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 689 ss.; B. NASCIMBENE, *Comunicazioni elettroniche fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2018.

L'Autorità sottopone a consultazione pubblica nazionale uno schema unitario di provvedimento di analisi del mercato dell'accesso, che include il progetto di separazione della rete Tim, contenente i rimedi relativi al ciclo regolatorio 2018-2021. Le tariffe dei servizi di accesso alla rete sono decise nell'analisi di mercato del nuovo ciclo 2018-2021.

A conclusione della consultazione, l'Autorità ha approvato l'analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete e ha identificato il Comune di Milano come un mercato rilevante distinto dal resto del territorio italiano, in ragione della significativa presenza di infrastrutture di comunicazione elettronica alternative a quelle di Tim e del livello di concorrenza registrato sui servizi di accesso alla rete fissa "wholesale". L'accertamento di un livello di concorrenza effettiva ha comportato la revoca della regolamentazione precedentemente imposta in capo a Tim; mentre nel resto d'Italia allo stesso operatore è stato riconosciuto un significativo potere di mercato, con conseguente conferma degli obblighi, sopra analizzati, previsti dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

Sempre per effetto di un generale indirizzo politico, non formalizzato al momento in cui si scrive, all'esito di trattative tra Cassa depositi e prestiti s.p.a. e Tim, il Governo ha da ultimo previsto la costituzione di una società per la gestione delle infrastrutture della rete unica a banda larga<sup>38</sup>. L'ipotesi è una società per la rete unica nella quale Telecom Italia potrebbe mantenere la maggioranza di capitale, ma assoggettata a speciali regole di *governance*, proprio per rispettare le indicazioni delle Autorità di regolazione europee e nazionali, dovendo trattarsi di società "non verticalmente integrata". L'operazione ipotizzata condurrà a integrare Open Fiber s.p.a. (l'operatore economico aggiudicatario della concessione relativa alle c.d. "zone bianche") mediante separazione dell'infrastruttura in una società controllata da Tim, ma con significativa presenza di Cdp. Per le decisioni strategiche, rimanendo Tim operatore verticalmente integrato, lo statuto della Newco dovrebbe prevedere maggioranze qualificate. Il quadro prospettato dovrebbe rispondere ai profili rimessi alla competenza delle Autorità di regolazione, sopra segnalati, e garantire la tutela della concorrenza<sup>39</sup>. Le società interessate dovranno comunque procedere con la notifica alla Commissione Ue per ottenere l'autorizzazione alla prospettata operazione di concentrazione.

## 7. Le autorità di regolazione: Arera e Art

---

<sup>38</sup> Rete unica, via libera del Governo a società Tim-Cdp. Telecom verso il 50,1%, governance condivisa, in *Il Sole-24 ore*, 26 agosto 2020.

<sup>39</sup> Sul duplice profilo di competenza, di regolazione e antitrust, cfr. già L. SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1212 ss.

L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) opera nei settori dell'energia elettrica, del gas, del sistema idrico e ora anche dei rifiuti, nel rispetto degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e della disciplina normativa dell'Unione europea. L'indipendenza e l'autonomia dell'autorità sono state rafforzate dal Terzo Pacchetto Energia europeo anche per quanto riguarda l'organizzazione, il funzionamento e il finanziamento.

L'Autorità adotta le proprie decisioni sulla base della legge istitutiva e definisce le procedure e i regolamenti per l'organizzazione interna, il funzionamento e la contabilità.

Le risorse per il funzionamento dell'Autorità non provengono dal bilancio dello Stato, ma da un contributo sui ricavi degli operatori regolati. Tale contributo è stato ridotto (volontariamente dall'Autorità) rispetto all'1 per mille previsto dalla legge, con differenziazioni in funzione del settore e dell'attività svolta da diversi soggetti.

Gli atti di regolazione tariffaria non regolano un mercato libero, ma un servizio pubblico e definiscono la tariffa applicabile come controprestazione rispetto alla sua erogazione<sup>40</sup>.

Gli atti di regolazione non tariffaria si occupano, invece, della regolazione economica e contrattuale del mercato, tipicamente del mercato elettrico e del gas. Nell'ambito del mercato elettrico, Arera non si occupa del disegno del mercato libero, che è adottato, invece, dal Ministero dello Sviluppo Economico: l'Autorità dispone in merito solo di funzioni consultive. Nel settore del gas, invece, Arera si occupa della regolazione del c.d. "mercato del bilanciamento", cioè dell'equilibrio tra immissioni e prelievi del gas, al fine di garantire la continuità delle forniture.

Il sindacato sugli atti di regolazione generale tariffaria e non tariffaria concerne, soprattutto, la metodologia economica adottata e, quindi, in concreto, anche le formule matematiche, come si è visto in materia di servizio idrico<sup>41</sup>.

Riguardo, invece, alla neutralità, cioè all'indifferenza verso gli interessi delle parti in conflitto, in realtà, in considerazione delle funzioni svolte, risulta evidente come le stesse non possano risultare "del tutto insensibili agli interessi che costituiscono il substrato della loro azione, perseguendo, dunque, precise politiche che rendono, per questo, più sfumata la neutralità che le contraddistingue"<sup>42</sup>.

L'Autorità di regolazione dei trasporti è finanziata mediante contributo versato dagli operatori economici operanti nel settore del trasporto, per i quali l'Autorità abbia concretamente avviato, nel mercato in cui

---

<sup>40</sup> E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, in *Giustizia amministrativa*, 11 marzo 2019.

<sup>41</sup> Cfr. gli Atti del Seminario "Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e tutela giurisdizionale amministrativa", Roma, 14 febbraio 2019, disponibili all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/atti-del-convegno-autorit%C3%A0-indipendenti-di-regolazione-dei-mercati-e-tutela-giurisdizionale-amministrativa>

<sup>42</sup> La citazione, significativa riguardo al rischio della "cattura del regolatore" è di E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, cit.

essi operano, l'esercizio delle competenze o il compimento delle attività previste dalla legge, in misura non superiore all'uno per mille del fatturato dell'ultimo esercizio.

La misura del contributo è determinata su base annuale dal Consiglio dell'Autorità con atto sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Dalla riscossione dei contributi dei soggetti regolati deriva, dunque, l'autonomia finanziaria dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

Sul contributo dovuto dagli operatori economici è intervenuta la Corte costituzionale<sup>43</sup>: la questione sollevata censurava la prestazione patrimoniale imposta sulla base di una previsione legislativa insufficientemente determinata (per violazione dell'art. 23 Cost. nonché degli artt. 2, 41 e 97 Cost.).

La Corte costituzionale ha rigettato la questione, ritenendo rispettata la riserva di legge perché “il potere impositivo dell'Autorità trova -nella disposizione censurata e nelle altre norme pertinenti, anche di principio- limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginarne la discrezionalità”. La Corte ha fatto propria la “declinazione procedurale del principio di legalità”, già valorizzata dalla richiamata indagine conoscitiva parlamentare: “la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale (...) ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti”, “quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica”. In questi casi “la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative” comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, “se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti”<sup>44</sup>.

Come si è già notato in letteratura, la valorizzazione della c.d. “legalità procedurale” è stata in questo caso ancora più accentuata del solito, perché la disposizione censurata non aveva previsto alcuna partecipazione procedimentale; nemmeno il regolamento dell'Art sulla formazione delle decisioni prevedeva forme di coinvolgimento per la determinazione del contributo di finanziamento<sup>45</sup>.

La decisione è particolarmente delicata, perché dequota la rilevanza del principio di legalità sostanziale, assentendo a formulazioni generiche delle disposizioni normative attributive di potere alle autorità.

---

<sup>43</sup> Corte cost., sentenza n. 69 del 2017 su rimessione del T.a.r. Piemonte, ord. 17 dicembre 2015, n. 39.

<sup>44</sup> B. CAROTTI, *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 55 ss.; M. PICCHI, *Partecipazione e legalità procedurale nella sentenza della Corte costituzionale sul controllo per il finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 913 ss.

<sup>45</sup> M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati*, cit., secondo la quale, riferendosi alle autorità di regolazione: “(...) nonostante tali soggetti siano stati messi in grado di funzionare grazie alla tendenza ad adattare e calibrare la disciplina degli atti alle peculiarità del loro mandato, nonostante si supporti la loro azione con un'interpretazione che colma in via interpretativa le lacune normative, alcuni problemi che il modello porta con sé non possono mai considerarsi chiusi definitivamente”.



## 8. L'altro riferimento dell'indipendenza: i poteri economici privati. Il rischio di cattura del regolatore

Come si è visto, le nomine, le incompatibilità, i poteri, l'autonomia organizzativa e finanziaria delle autorità costituiscono elementi di un articolato sistema di garanzie di indipendenza.

Un corretto recupero del ruolo del Governo nei rapporti con le autorità resta essenziale per determinare gli interessi generali e stabilirne il livello di tutela, ovvero il punto di equilibrio tra ragioni di tipo strettamente economico e gli altri interessi generali che potrebbero non trovare realizzazione ai livelli socialmente accettabili.

L'indipendenza delle autorità è stata rafforzata a livello europeo, nei settori ove esiste una rete di regolatori, per effetto di regolamenti e direttive (per esempio, in materia di energia elettrica e gas o, in materia finanziaria, con l'istituzione di nuove agenzie europee). L'indipendenza delle autorità di regolazione europee e nazionali deve essere attuato sia nei confronti dei governi nazionali, sia nei confronti delle imprese, per fronteggiare il rischio della cosiddetta "cattura" del regolatore da parte dei soggetti regolati<sup>46</sup>.

Il rischio della cattura del regolatore da parte dei soggetti regolati, che possono indurre a scelte "non ottimali" per l'interesse pubblico, è stato teorizzato nell'ambito degli studi sulla regolazione, contrapposti alla teoria dell'interesse pubblico<sup>47</sup>. Per effetto di tali teorie, gli assetti e la pratica di regolazione devono essere studiati come risultato di una domanda e di un'offerta di regolamentazione, dove spesso la domanda proviene dagli stessi operatori oggetto di regolazione, ingenerando un condizionamento indebito del regolatore da parte dei regolati. E la stessa analisi d'impatto della regolamentazione, allorquando la disciplina normativa è generica, rischia di ridursi a una ratifica di una decisione già assunta, già concordata o contrattata dal regolatore con gli operatori economici<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> M. CLARICH, *Indipendenza e autonomia delle autorità amministrative indipendenti*, in *Anticorruzione.it*, ed ivi il richiamo al Regolamento (UE) 24 novembre 2010 n. 1093 che ha istituito l'Autorità bancaria europea il quale in una pluralità di disposizioni garantisce l'indipendenza degli organi del nuovo apparato e cioè il Consiglio delle autorità di vigilanza, il Consiglio di amministrazione, il Presidente i quali non possono chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni dell'Unione o di Governi degli stati membri o da altri soggetti pubblici o privati (artt. 42, 46 e 49).

<sup>47</sup> G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, n. 1/1971; R.A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, n. 2/1974: "The theory of capture holds that regulation is supplied in response to the demands of interest groups struggling among themselves to maximize the incomes of their members. The theory that economic regulation is not about the public interest at all, but is a process by which interest groups seek to promote their (private) interests".

<sup>48</sup> "If the principles under which the RIA are produced are too general and the RIA is not required to include a benefit-cost analysis, the RIA may be too easily captured and simply provide a justification of a predetermined position rather than provide an examination of the potential regulatory and non regulatory options" (OECD, *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*, Paris, 2009).

La richiamata metodologia di regolazione dei prezzi c.d. “price-cap”, che punta a fornire all’operatore economico un tetto parametrico al livello e alla dinamica del prezzo, simulando quanto farebbe un mercato concorrenziale ove in grado di operare nel settore, si adatta a situazioni di asimmetria informativa tra regolatore e regolato, riducendo il fabbisogno informativo del regolatore (e quindi gli evidenziati rischi di cattura del regolatore). La letteratura di settore ha tuttavia verificato che il regolatore procede a intervalli regolari (tra i tre e i cinque anni) a una revisione della base di partenza della dinamica del prezzo, in relazione all’effettiva riduzione dei costi conseguita dall’impresa. Tale revisione implica una verifica sui costi alla fine del precedente periodo di regolazione, quindi comporta un fabbisogno informativo per il regolatore, e può determinare comportamenti strategici dell’impresa, consistenti in un minor contenimento dei costi nella fase finale del periodo regolatorio, al fine di condizionare la base tariffaria del periodo successivo<sup>49</sup>.

Le funzioni delle autorità di regolazione devono tenere inoltre conto della teoria della regolazione ottimale in condizioni di asimmetria informativa, dove la massimizzazione dell’interesse pubblico (“benessere sociale”, secondo la teoria economica), deve essere affrontato nei rapporti con il soggetto regolato (c.d. contratto di “second best” o “seconda miglior soluzione”<sup>50</sup>). La teoria economica ha affrontato il tema favorendo sistemi nei quali il soggetto regolato deve scegliere il “contratto” corrispondente al suo effettivo parametro di efficienza, riducendo al minimo il comportamento opportunistico riguardo allo sforzo produttivo richiesto, nel garantire la qualità del servizio erogato<sup>51</sup>. Ma anche tale operazione presuppone un grado d’informazione difficilmente acquisibile dal regolatore circa variabili non osservabili che influenzano costi e *performance* dell’impresa regolata, consentendo di fatto a quest’ultima di imporre le condizioni della regolazione.

Di qui il prevalere di strumenti di regolazione più semplici da gestire, come il richiamato “price-cap”<sup>52</sup>. Proprio in tale direzione, il Consiglio di Stato in sede consultiva, esprimendosi sullo schema di Testo unico in materia di servizi d’interesse economico generale, ha raccomandato di utilizzare, per le modalità di aggiornamento tariffario, esclusivamente il metodo del cd. “price-cap”, rilevando che la previsione dell’applicazione della metodologia alternativa di aggiornamento delle tariffe, attraverso l’individuazione di un prezzo massimo che tenga conto dei costi standard del servizio (compresi quelli derivanti da eventi

<sup>49</sup> M. ARMSTRONG - D. SAPPINGTON, *Recent Developments in the Theory of Regulation*, in M. ARMSTRONG - R. PORTER (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 3, Amsterdam, 2007.

<sup>50</sup> R.G. LIPSEY - K. LANCASTER, *The General Theory of Second Best*, in *Review of Economic Studies*, 1956, p. 11 ss. che studiano, nell’ambito dell’economia del benessere, la seconda miglior soluzione quando l’ottimo paretiano non può esser raggiunto. Tra le cause ostative a tale raggiungimento sono menzionate anche le “esigenze istituzionali”.

<sup>51</sup> J.J. LAFFONT - J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge (Ma), 1993.

<sup>52</sup> C. DE VINCENTI, *L’economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, in G. BONIFATI - A.M. SIMONAZZI (a cura di), *Il ritorno dell’economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello*, Roma, 2010; C. DE VINCENTI - A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006.



eccezionali), di una congrua remunerazione del capitale investito e degli obiettivi di qualità del servizio, secondo la discrezionalità dell'ente gestore, contrasti con la finalità di perseguire i recuperi di efficienza che consentano la riduzione dei costi a carico della collettività<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Parere del Consiglio di Stato sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale Cons. St., comm. spec., 3 maggio 2016, n. 1075.